



Memorandum

Von: Dr. Christoph Jäger, Rechtsanwalt / Thomas Geiger, Rechtsanwalt
An: Bundesamt für Rüstung armasuisse, W+T, z.H. Herrn Marcel Hertig
Datum: 11. März 2022
Betrifft: Beschaffungsrecht: Vergabe von Forschungsaufträgen

ÜBERSICHT

I.	AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG	2
II.	BESCHAFFUNGSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	2
1.	Subjektiver und objektiver Geltungsbereich	2
2.	Ausnahmen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich	3
3.	Ausnahmsweise Freihandvergabe	4
III.	BESCHAFFUNGSRECHTLICHE BEURTEILUNG	5
1.	« <i>Welches ist nach Kellerhals Carrard das ordentliche Beschaffungsverfahren?</i> »	5
2.	« <i>Ist die freihändige Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB für die Beschaffungsvorhaben gemäss Verfahrensentscheide zulässig?</i> »	7
3.	« <i>Unter welchen Voraussetzungen kann eine freihändige Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB geltend gemacht werden?</i> »	8
4.	« <i>Nach welchen Kriterien beurteilt eine richterliche Instanz die Neuartigkeit einer Leistung im Zusammenhang mit der Anwendung einer freihändigen Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB?</i> »	12
5.	« <i>Was ist in Bezug zur freihändigen Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB als Neuartigkeit/neuartige Leistung im beschaffungsrechtlichen Sinne zu verstehen?</i> »	12
6.	« <i>Was wird unter <...im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags...> gemäss Gesetzestext zu Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB im beschaffungsrechtlichen Sinne konkret verstanden?</i> »	13
7.	« <i>Gibt es weitere rechtliche Aspekte oder Empfehlungen, welche für Beschaffungsvorhaben von Forschungsleistungen zu Gunsten der Armee zu beachten sind?</i> »	14

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

- 1 Nach der langjährigen Vergabepaxis des Bereichs «Wissenschaft und Technologie W+T» des Bundesamtes für Rüstung armasuisse (nachfolgend: «*armasuisse W+T*») wurden Aufträge im Forschungsbereich zu Gunsten der Armee im freihändigen Verfahren gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB¹ bzw. Art. 13 Abs. 1 lit. g aVöB² vergeben. Die betreffenden Leistungen wurden gestützt auf diese Rechtsgrundlage somit direkt und ohne Ausschreibung an eine bestimmte, direkt ausgewählte Anbieterin vergeben.
- 2 Seit Mitte 2021 vertritt die für armasuisse W+T zuständige juristische Fachstelle eine etwas andere, differenzierte Auffassung und es entstanden für armasuisse W+T Unsicherheiten, unter welchen Voraussetzungen eine freihändige Vergabe von Forschungsaufträgen nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB zulässig ist.
- 3 Vor diesem Hintergrund hat armasuisse W+T Kellerhals Carrard («KC») verschiedene Fragen zur beschaffungsrechtlichen Beurteilung in Form eines umfangmässig beschränkten Kurzgutachtens unterbreitet.³ Die zur Illustration unterbreiteten Beispiele von Verfahrensentscheiden der armasuisse W+T wurden KC mit E-Mail vom 19. November 2021 übermittelt. Sie sollen bei der Beurteilung mitberücksichtigt werden.

II. BESCHAFFUNGSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

1. Subjektiver und objektiver Geltungsbereich

- 4 Dem BöB unterstehen als Auftraggeberinnen **Verwaltungseinheiten** der zentralen Bundesverwaltung nach Art. 2 RVOG⁴ und den dazugehörigen Ausführungsvorschriften in der zum Zeitpunkt der Ausschreibung aktuellen Fassung (Art. 4 Abs. 1 lit. a BöB). Das Bundesamt für Rüstung armasuisse und damit auch die armasuisse W+T als Technologiezentrum des VBS unterstehen offensichtlich dem BöB (vgl. Anhang 1 zur RVOV⁵).
- 5 Leistungen im **Verteidigungsbereich**, einschliesslich Verwaltungs- und Unterstützungsdienste im Zusammenhang mit der angewandten und experimentellen Forschung,⁶ fallen *nicht* unter die im Anhang 3 zum BöB aufgeführ-

¹ SR 172.056.1.

² AS 1996 518.

³ Zum Fragenkatalog vgl. Anfrage zur Angebotserstellung vom 10. November 2021.

⁴ SR 172.010.

⁵ SR 172.010.1.

⁶ Central Product Classification (CPC) 91240: «*Military defence services [...] includes [...] administrative and support services related to defence-related applied research and experimental development*».

ten Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich. Zusätzlich gelten nach Anhang 5 zum BöB auch Forschungs- und Entwicklungsleistungen, die für Verteidigungs- und Sicherheitszwecke unerlässlich sind, als öffentliche Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (vgl. Ziff. 1 lit. c dieses Anhangs).

- 6 Die zu beurteilenden Beschaffungen der armasuisse W+T betreffen demnach die übrigen Dienstleistungen im **Nicht-Staatsvertragsbereich** («*Verfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs*» gemäss Anhang 3 zum BöB, Ziff. 2, bzw. Anhang 5 zum BöB, Ziff. 1 lit. c). Es gelten die dafür im BöB vorgesehenen **besonderen Bestimmungen** (vgl. insbesondere Art. 6 Abs. 2, Art. 16 Abs. 4 und 5, Art. 20 Abs. 3, Art. 29 Abs. 2, Art. 42 Abs. 1, Art. 46 Abs. 4 und Art. 52 Abs. 2 und 5 BöB). Unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 3 BöB kann grundsätzlich das **Einladungsverfahren** als das «*ordentliche Beschaffungsverfahren*» für den Bereich der armasuisse W+T betrachtet werden, vorbehältlich einer Einzelfallprüfung.

2. Ausnahmen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

- 7 Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Landesverteidigung oder zur Wahrung oder im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit fallen in ein beschaffungsrechtlich **besonderes Umfeld**. Das WTO-Übereinkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) klammert solche Aufträge grundsätzlich (unter bestimmten Voraussetzungen) vom Geltungsbereich aus bzw. sieht Ausnahmen vor. Das BöB kennt eine **Kaskade verschiedener Ausnahmen**, welche auf unterschiedlichen Stufen der Beschaffung ansetzen und im vorliegenden Zusammenhang allenfalls Handlungsoptionen für armasuisse W+T bieten:

- Das BöB findet **keine Anwendung** auf öffentliche Aufträge, wenn dies für den Schutz und die Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder öffentlichen Ordnung als erforderlich erachtet wird (Art. 10 Abs. 4 lit. a BöB). Solche Aufträge können vergaberechtsfrei vergeben werden und sind aus dem Geltungsbereich des BöB ausgeklammert.
- Fällt ein solcher öffentlicher Auftrag zwar in den Geltungsbereich des BöB, gelten unter Umständen für die Wahl des anwendbaren Vergabeverfahrens dennoch Besonderheiten. Die Beschaffung von Waffen, Munition, Kriegsmaterial oder, sofern sie für Verteidigungs- und Sicherheitszwecke unerlässlich sind, sonstigen Lieferungen, Bauleistungen, Dienstleistungen, Forschungs- oder Entwicklungsleistungen erfolgen grundsätzlich im **Einladungsverfahren**, unabhängig von den Auftrags- bzw. Schwellenwerten (vgl. Art. 20 Abs. 3 BöB).
- Zum Grundsatz des Einladungsverfahrens nach dieser Sonderbestimmung gibt es wiederum eine Ausnahme. So können öffentliche Aufträge im Verteidigungs- bzw. Sicherheitsbereich **ausnahmsweise freihändig**

vergeben werden, wenn das freihändige Verfahren von grosser Bedeutung ist zum Erhalt von inländischen Unternehmen, die für die Landesverteidigung wichtig sind, oder zur Wahrung der öffentlichen Interessen der Schweiz (vgl. Art. 21 Abs. 3 BöB).

- 8 Liegt kein öffentlicher Auftrag vor, der nach diesen Bestimmungen privilegiert ist, dann steht **Art. 21 Abs. 2 BöB** für die ausnahmsweise Wahl des freihändigen Verfahrens zur Verfügung, sofern eine dieser Ausnahmen vorliegt.

3. Ausnahmsweise Freihandvergabe

- 9 Eine unterstellte Auftraggeberin kann einen öffentlichen Auftrag im Sinne einer Ausnahme unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn die Voraussetzungen eines der **Tatbestände gemäss Art. 21 Abs. 2 BöB** erfüllt sind. Solche Ausnahmen sind vom System her nur in engen Grenzen zulässig, da auf diesem Weg ansonsten das öffentliche Beschaffungsrecht ausgehebelt werden könnte (Umgehungsverbot).

- 10 Im Vordergrund steht gemäss Anfrage der armasuisse W+T der Tatbestand von Art. 21 Abs. 2 **lit. f** BöB:

«Eine Auftraggeberin kann einen Auftrag freihändig vergeben, wenn sie Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf ihr Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden, beschafft.»

- 11 Die Botschaft zum BöB⁷ verweist zur Erläuterung dieses Freihandtatbestands auf die Regelung im **revidierten GPA**⁸ (Art. XIII Abs. 1 lit. f GPA 2012), welche – über den Wortlaut des BöB hinausgehende – Präzisierungen enthält und bei der Auslegung von Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB (vgl. dazu unten Rz. 25 ff.) sinngemäss herangezogen werden muss (als übergeordnetes Recht):

«Ein Auftraggeber kann das freihändige Verfahren anwenden, [...] wenn ein Auftraggeber Prototypen oder eine Erstanfertigung oder -dienstleistung beschafft, die in ihrem Auftrag für einen bestimmten Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrag oder in dessen Verlauf entwickelt werden. Die Neuentwicklung einer Erstanfertigung oder -dienstleistung kann eine begrenzte Produktion oder Lieferung einschliessen, um die Erprobungsergebnisse zu verarbeiten und zu zeigen, dass sich das Produkt für eine Produktion oder Lieferung in grösseren Mengen bei annehmbaren Qualitätsnormen eignet; eine Serienfertigung oder -lieferung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produkts oder zur

⁷ BBl 2017 1851 ff., S. 1928.

⁸ SR 0.632.231.422.

Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten fällt hingegen nicht darunter.»

- 12 Nach Auffassung der für die armasuisse W+T zuständigen **juristischen Fachstelle** setzt die staatsvertragliche Bestimmung voraus, dass im Rahmen eines Forschungs- oder Neuentwicklungsauftrages zunächst ein Prototyp oder eine neue Dienstleistung entwickelt wird und dieser Prototyp oder diese Dienstleistung (erst) anschliessend Gegenstand einer nachfolgenden freihändigen Beschaffung bildet (nicht aber die vorlaufende Forschung/Entwicklung). Nicht die Beschaffung von Forschung oder Neuentwicklung, sondern des Neuentwickelten (Endergebnis) sei Gegenstand des Freihandtatbestands. Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB komme nur bei Beschaffungen zur Anwendung, welche einem Forschungsvertrag technisch nachgelagert sind, d.h. wenn der technische Lösungsansatz im Zeitpunkt der Vergabe noch unbekannt sei.
- 13 Diese Auslegung drängt sich nach dieser Auffassung auch deshalb auf, weil Forschungs- und Neuentwicklungsaufträge der armasuisse W+T nicht in den Staatsvertragsbereich fallen, d.h. die Beschaffung **nach Anhang 5 zum BöB** erfolgt. Wenn die Auftraggeberin somit einen Forschungsauftrag zur Entwicklung eines Prototyps oder einer neuartigen Dienstleistung vergeben wolle, sei diese Vergabe nicht Gegenstand von Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB. Erst der an die Neuentwicklung anschliessende Einsatz des neuen Prototyps oder der neuen «Erstdienstleistung» für ein Beschaffungsvorhaben dürfe gestützt auf diese Bestimmung freihändig vergeben werden.⁹

III. BESCHAFFUNGSRECHTLICHE BEURTEILUNG

1. «*Welches ist nach Kellerhals Carrard das ordentliche Beschaffungsverfahren?*»

- 14 Beim **Projekt R-3210/044-08** handelt es sich nach Angaben der armasuisse W+T um eine Satelliten-Anwendung zur Nachrichtenbeschaffung. Gemäss Leistungsbeschreibung fällt dieses Geschäft *nicht* in den Staatsvertragsbereich, da es ausschliesslich für militärische Anwendungen der Schweizer Armee vorgesehen ist und auch nur in diesem Bereich verwendet werden soll (CPC 91240; vgl. Rz. 5).¹⁰ Mit Blick auf den geschätzten Auftragswert von knapp CHF 1 Mio. sind grundsätzlich das offene oder selektive Verfahren nach Art. 18 bzw. Art. 19 BöB anwendbar (vgl. Anhang 4 zum BöB, Ziff. 2).
- 15 Gegenstand des **Projekts CYD-C-2020007** bildet der Datenschutz bei tragbaren Geräten. Der benötigte Prototyp soll Datenlecks mit verschiedenen

⁹ Vgl. dazu auch Richtlinie zum Beschaffungswesen im EFD vom April 2019, Ziff. 9.4 (zum alten Recht).

¹⁰ Vgl. Ziff. 1.6 des Formulars Grunddaten des Beschaffungsvorhabens und Verfahrensentscheid R-3210/044-08, mit Verweis auf Anhang 5 zum BöB, Ziff. 1 lit. c.

Analysemethoden aufdecken. Er ist nach Angaben der armasuisse W+T ausschliesslich für militärische Anwendungen der Schweizer Armee vorgesehen (CPC 91240; vgl. oben Rz. 5).¹¹ Der geschätzte Auftragswert liegt mit CHF 250'000.00 knapp über der für das offene oder selektive Verfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs massgebenden Schwelle von CHF 230'000.00 (vgl. Anhang 4 zum BöB, Ziff. 2).

- 16 Auch beim **Projekt R-3210/044-05**, welches die technologischen Grundlagen für die Schweizer Armee schaffen soll, in Zukunft ein eigenes Lagebild des Weltraums zu erstellen, ist bei einem geschätzten Auftragswert von rund CHF 500'000.00 das offene oder selektive Verfahren nach Art. 18 bzw. Art. 19 BöB das grundsätzlich anwendbare Vergabeverfahren (vgl. Anhang 4 zum BöB, Ziff. 2; CPC 91240; vgl. oben Rz. 5).¹²
- 17 Allerdings haben diese Projekte einen engen Bezug zur **Landesverteidigung** bzw. zur Wahrung **nationaler Sicherheitsinteressen**, ohne dass wir dies aber mangels Detailkenntnisse abschliessend beurteilen können. Trifft dies zu, so steht gestützt auf Art. 20 Abs. 3 BöB i.V.m. Anhang 5 Abs. 1 lit. c zum BöB, unabhängig von den Schwellenwerten, das **Einladungsverfahren** zur Verfügung, es stellt für solche Aufträge mithin das «ordentliche» bzw. übliche Verfahren dar.
- 18 Davon abweichend darf auch in diesen Fällen auf das Einladungsverfahren *verzichtet* und der Auftrag freihändig vergeben werden, wenn das **freihändige Verfahren**, entweder zum Erhalt inländischer Unternehmen, die für die Landesverteidigung wichtig sind, oder für die Wahrung der öffentlichen Interessen der Schweiz von grosser Bedeutung ist (vgl. Art. 21 Abs. 3 BöB).
- 19 Angesichts der Leistungsbeschreibung und des Einsatzbereichs ist für die fraglichen Aufträge nach unserer Einschätzung Art. 20 Abs. 3 BöB anwendbar und somit ist grundsätzlich das **Einladungsverfahren** das «*ordentliche Beschaffungsverfahren*». Aufgrund des Bezuges zu nationalen Sicherheitsinteressen wäre es auch denkbar, dass diese Auftragsvergaben gestützt auf Art. 10 Abs. 4 lit. a BöB gänzlich vom Vergaberecht freigestellt sind oder alternativ zwar eine Unterstellung angenommen wird, gestützt auf Art. 21 Abs. 3 lit. b BöB das freihändige Verfahren gewählt werden kann. Für eine abschliessende Beurteilung fehlen uns aber die Projektkennnisse, welche diesen Bezug «zwingend» erscheinen lassen.

¹¹ Vgl. Ziff. 1.6 des Formulars Grunddaten des Beschaffungsvorhabens und Verfahrensentscheid CYD-C-2020007, mit Verweis auf Anhang 5 zum BöB, Ziff. 1 lit. c.

¹² Vgl. Ziff. 1.6 des Formulars Grunddaten des Beschaffungsvorhabens und Verfahrensentscheid R-3210/044-05, mit Verweis auf Anhang 5 zum BöB, Ziff. 1 lit. c.

2. «Ist die freihändige Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BÖB für die Beschaffungsvorhaben gemäss Verfahrensentscheide zulässig?»

20 Dieser Freihandtatbestand muss aus dem jeweiligen Auftrag/Projekt mit technischen Gründen **objektiv und nachvollziehbar begründet** werden können. Dies erfordert entsprechendes technisches Fachwissen und vertiefte Projektkenntnisse, welche uns naturgemäss fehlen. Im Allgemeinen kann dazu aber das Folgende ausgeführt werden:

21 Erfolgt die Forschung im Hinblick auf die Entwicklung eines Prototyps oder einer neuartigen Dienstleistung, liegt nach den vergaberechtlichen Lehrmeinungen von JAQUIER¹³ sowie – noch zum alten Recht – von WOLF¹⁴ und GALLI/MOSER/LANG/STEINER¹⁵ ein sog. **gemischter Auftrag vor («marché mixte de R&D»)**.¹⁶ Bildet die Forschungsleistung den finanziell überwiegenden Teil oder resultiert aus der Forschung weder ein Prototyp noch eine neuartige Dienstleistung (Grundlagenforschung), so fällt nach diesen Auffassungen die Auftragsvergabe ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, sodass infolgedessen – nach GPA – gar keine Freihandvergabe mehr erforderlich sei.¹⁷ Überwiegt dagegen der auf die Entwicklung des Prototyps oder der neuartigen Dienstleistung entfallende Anteil am Auftragswert und erreicht dieser Wert den Schwellenwert für Lieferungen bzw. Dienstleistungen nach Anhang 4 zum BÖB, fällt der (gesamte) Auftrag nach diesen Autoren grundsätzlich in den Staatsvertragsbereich (sog. **Präponderanzmethode**).¹⁸

22 Diese Abgrenzungsmethode fokussiert auf die Allokation der öffentlichen Mittel. Sie passt unseres Erachtens in Konstellationen, in welchen der gemischte Auftrag sowohl dem GPA unterstellte als auch davon ausgenommene Elemente enthält. Fällt aber ein öffentlicher Auftrag, namentlich im Verteidigungsbereich, unabhängig von den staatsvertraglichen Schwellenwerten **einheitlich in den Nichtstaatsvertragsbereich** (Anhang 5 Ziff. 1 lit. c zum BÖB gilt – sofern für Verteidigungs- und Sicherheitszwecke unerlässlich – für sämtliche «Leistungen, Bauleistungen, Dienstleistungen, Forschungs- und Entwicklungsleistungen»), gelangt ohnehin das im Vergleich zum offenen/selectiven Verfahren weniger stark regulierte Einladungsverfahren zur Anwendung (Art. 20 Abs. 3 BÖB i.V.m. Anhang 5 Ziff. 1 lit. c zum BÖB).

23 Das schliesst nach unserer Auffassung nicht aus, dass gestützt auf den ebenfalls «unabhängig vom Schwellenwert» und damit **auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs anwendbaren Art. 21 Abs. 2 lit. f BÖB** eine freihändige Vergabe erfolgen kann. Lehrmeinungen, die diese Unterscheidung

¹³ JAQUIER, Le «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics, Freiburg 2018, Rz. 298. Rz. 30 ff.

¹⁴ WOLF, Freihändige Beschaffung, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, S. 127 ff.

¹⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 240.

¹⁶ Vgl. JAQUIER, Rz. 288 ff.

¹⁷ Vgl. JAQUIER, Rz. 298 f. und Rz. 301.

¹⁸ Vgl. JAQUIER, Rz. 302 f.

explizit bzw. präzise beschreiben, bestehen, soweit ersichtlich, nicht. Entscheidend dürfte sein, ob es in erster Linie um die **Beschaffung von Wissen** geht, was eine ausnahmsweise Freihandvergabe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB rechtfertigen kann (vgl. dazu unten Rz. 25 ff.). Liegt der Fokus dagegen bereits auf der **Serienherstellung**, hat die armasuisse W+T eine «*ordentliche*» Beschaffung (im Einladungsverfahren; vgl. Art. 20 Abs. 3 BöB i.V.m. Anhang 5 Ziff. 1 lit. c zum BöB) durchzuführen.

- 24 Zur abschliessenden Beurteilung der vorgelegten Verfahrensentscheide fehlen uns, wie bereits angemerkt, im Lichte dieser Ausführungen Detailangaben zu den betroffenen Projekten. Unter diesem Vorbehalt und auch mit Blick auf die Ausführungen zu den nachfolgenden Fragen erscheint unseres Erachtens die Wahl des freihändigen Verfahrens gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB **begründbar zu sein**, und zwar unabhängig davon, dass das «*ordentliche*» Verfahren an sich das Einladungsverfahren darstellt (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Anhang 5 Ziff. 1 lit. c BöB i.V.m. Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB). Die den Verfahrensentscheiden zugrundeliegenden Projekte scheinen (**schwergewichtig**) **durchwegs Neuentwicklungen einer Erstanfertigung bzw. innovative Dienstleistungen zum Gegenstand** zu haben und umfassen somit vor allem den Aufbau von Wissen (innovativer Radarsatellit im Rahmen des Forschungsprojektes 044-08, Prototyp zur Analyse und Aufdeckung von Daten-Lecks im Projekt CYD-C-2020007 und ein Demonstrator für eine sekundäre SIGINT Nutzlast im Projekt R-3210/044-05). Sie sind soweit ersichtlich (noch) nicht auf die Serienherstellung gerichtet, was ebenfalls für die Anwendbarkeit von Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB spricht.

3. «Unter welchen Voraussetzungen kann eine freihändige Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB geltend gemacht werden?»

- 25 Das öffentliche Beschaffungsrecht kennt, wie eingangs erwähnt (Rz. 7 f. und Rz. 9 ff.), verschiedene Ausnahmetatbestände, welche die Vergabe eines öffentlichen Auftrags direkt und ohne öffentliche Ausschreibung an eine bestimmte Anbieterin erlauben, obwohl der Auftragswert den Schwellenwert für das offene/selektive Verfahren überschreitet und der Auftrag somit öffentlich ausgeschrieben werden müsste. Solche Ausnahmen sind jedoch **nur unter engen Voraussetzungen** zulässig, da auf diesem Weg ansonsten das öffentliche Beschaffungsrecht umgangen werden könnte.
- 26 Art. 21 Abs. 1 lit. f BöB erlaubt der Behörde, Prototypen, Erstanfertigungen oder neuartige Dienstleistungen, die in ihrem Auftrag im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags entwickelt werden, ausnahmsweise freihändig zu beschaffen, obwohl der Auftragswert über den Schwellenwerten des offenen/selektiven Verfahrens liegt. Nach Abschluss dieser Aufträge, müssen **alle weiteren Einkäufe** solcher Waren oder Dienstleistungen in den ordentlichen, anwendbaren Vergabeverfahren nach BöB erfolgen (vgl. Rz. 9 ff.).

- 27 Der freihändig vergebene Auftrag im Forschungs- und Innovationsbereich nimmt eine **Zwischenstellung** zwischen einem reinen Forschungs- oder Entwicklungsauftrag und dem Kauf von Serienprodukten ein.¹⁹ Die Anwendung des Freihandtatbestands von Art. 21 Abs. 2 lit. f BÖB ist dabei strikt auf eine **begrenzte Produktion oder Lieferung zu «Testzwecken»** limitiert, damit die Vergabestelle evaluieren kann, ob sich ein bestimmtes Verfahren oder eine neuartige Dienstleistung für eine breite Einführung/Serienherstellung eignet.²⁰ Eine Erstanfertigung oder neuartige Dienstleistung basierend auf einem Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrag liegt vor, wenn das eigentliche Ziel der Auftraggeberin im Erwerb der Ergebnisse der Forschung oder Entwicklung liegt, mithin im **Erwerb von Wissen** («*knowledge*»²¹).
- 28 Die **Einführung einer Serie** muss dagegen, nach Massgabe des Geltungsbereichs bzw. des Auftragswerts, wieder regulär vergeben bzw. ausgeschrieben werden, d.h. im Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 3 BÖB im Einladungsverfahren.²² Der Tatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. f BÖB ist nicht (mehr) anwendbar, wenn die Vergabestelle primär an der **Beschaffung der entwickelten Produkte** bzw. am **Erwerb von Betriebsmitteln** interessiert ist, selbst wenn der Erwerb von Wissen bzw. Knowhow (auch) ein Nebenzweck des Vertrags darstellt.²³
- 29 In der Praxis dürfte es häufig schwierig sein, die vom Freihandtatbestand umfasste «*Experimentier- und Testphase*» von der Herstellung der endgültigen Leistung, die aus der Neuentwicklung hervorgeht, zu trennen. Zur besseren Abgrenzung verweist JAQUIER auf ein von der **Europäischen Kommission** entwickeltes und nachfolgend auszugsweise wiedergegebenes **Schema zum vorkommerziellen Beschaffungsprozess**:²⁴

¹⁹ Vgl. WOLF, Rz. 32.

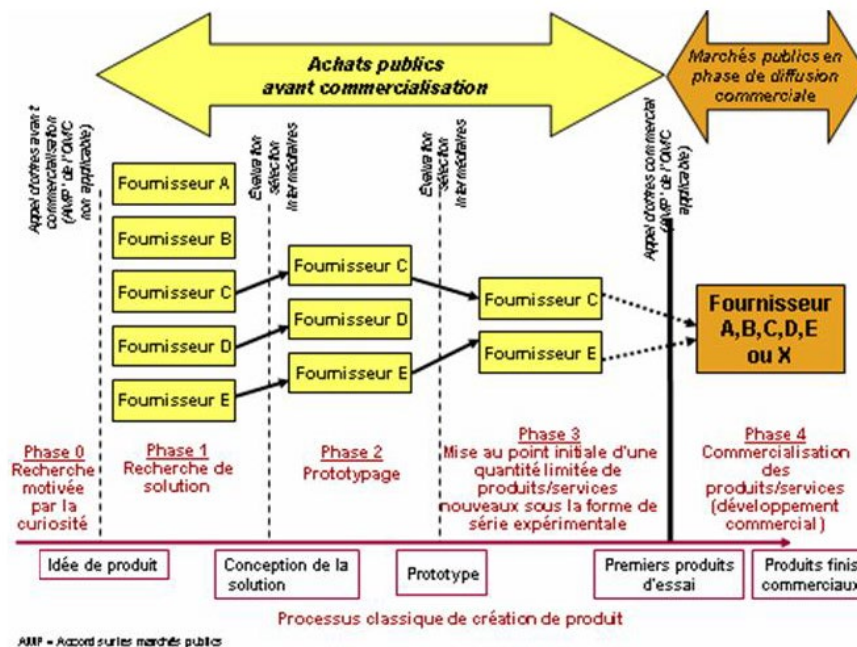
²⁰ Vgl. AESCHBACHER/KREBS, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, N 24 zu Art. 21 BÖB. Ein weiterer Grund für die Anwendung des freihändigen Verfahrens in solchen Fällen liegt in der Schwierigkeit, Anbieterinnen von Forschungsarbeit in einem formellen Verfahren vergleichen zu können (vgl. dazu ARROWSMITH, The Revised Agreement on Government Procurement, in: Arrowsmith/Anderson [Hrsg.], The Regime on Government Procurement, Cambridge 2011, S. 285 ff.; MEYER, Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: AJP 2005 S. 716 ff., S. 724; ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 281).

²¹ Vgl. GATT Panel Report GPR.DS2/R vom 13. Mai 1992 i.S. Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the city of Trondheim [nachfolgend: GATT Panel Report Trondheim] E. 4.8 f.; ARROWSMITH, S. 292; MEYER, S. 724; JAQUIER, Rz. 313.

²² Vgl. WOLF, Rz. 32.

²³ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern (VGE) 100.2020.399 vom 22. April 2021 [«*freihändige Beschaffung einer Elektro-Strassenreinigungsmaschine*»] E. 4.8; GATT Panel Report Trondheim E. 4.9; ARROWSMITH, S. 292; MEYER, S. 724; JAQUIER, Rz. 313.

²⁴ Vgl. JAQUIER, Rz. 288 ff., insbesondere Schema Rz. 292.

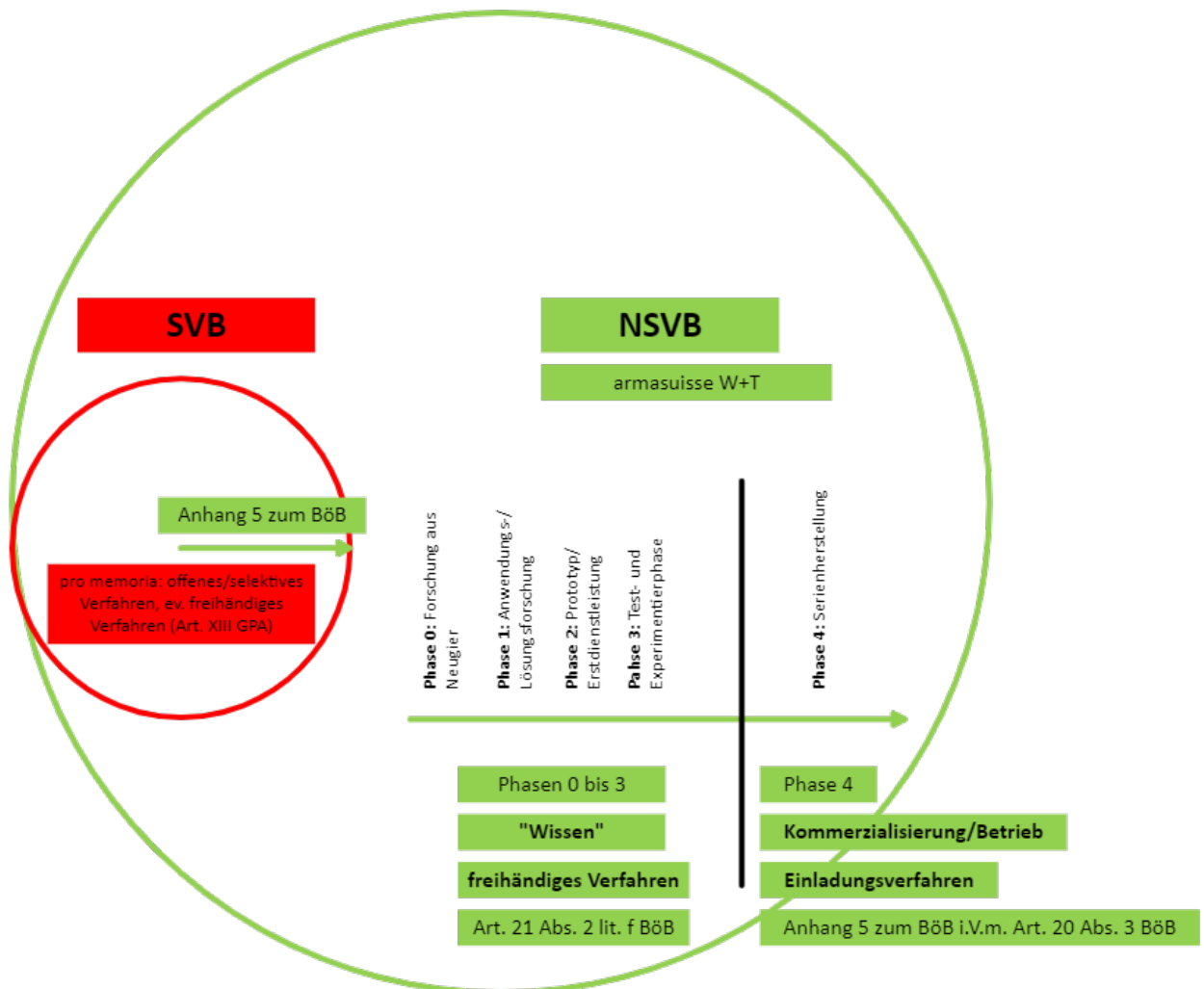


30 Die «**Phase 0**» ist eine von «Neugier» getriebene Forschung («Recherche motivée par la curiosité»). **Phase 1** umfasst anschliessend die Lösungssuche («Recherche de solution»), **Phase 2** die Prototypenherstellung bzw. Neuentwicklung einer Dienstleistung («Prototypage») und **Phase 3** die anfängliche Entwicklung einer begrenzten Menge neuer Produkte/Dienstleistungen («Mise au point initiale d'une quantité limitée de produits/services nouveaux sous la forme de série expérimentale»). Vom Begriff der Forschung und Entwicklung nicht mehr abgedeckt ist die **Phase 4** der Kommerzialisierung, in welcher die Leistung seriell hergestellt und vermarktet wird («Commercialisation des produits/services [développement commercial]»).

31 Ohne es ausdrücklich zu sagen, liegen diese vier Prozesse der Regelung in **Art. XIII Abs. 1 lit. f GPA bzw. Art. 21 Abs. 2 lit. f BÖB** zugrunde:

«[...] für einen bestimmten Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrag oder in dessen Verlauf entwickelt [**Phasen 0 und 1**] [...]. Die Neuentwicklung einer Erstanfertigung oder -dienstleistung [**Phase 2**] kann eine begrenzte Produktion oder Lieferung einschliessen, um die Erprobungsergebnisse zu verarbeiten und zu zeigen, dass sich das Produkt für eine Produktion oder Lieferung in grösseren Mengen bei annehmbaren Qualitätsnormen eignet [**Phase 3**]; eine Serienfertigung oder -lieferung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produkts oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten [**Phase 4**] fällt hingegen nicht darunter.»

32 **Zusammenfassend** ist es der armasuisse W+T im Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB gestattet zu evaluieren, ob sich ein bestimmtes Verfahren oder eine neuartige Dienstleistung für eine ordentliche Produktion eignen kann (Phasen 0 bis 3). Ist jedoch diese Forschungs- und Pilotphase abgeschlossen und geht es um die definitive Einführung bzw. Beschaffungen von Erst- und Neuanfertigungen auf dem Markt, bspw. mit dem Ziel, die entstandenen Forschungs- und Entwicklungskosten zu decken (Phase 4), kann der Ausnahmegrund nicht (mehr) angerufen werden.



4. «Nach welchen Kriterien beurteilt eine richterliche Instanz die Neuartigkeit einer Leistung im Zusammenhang mit der Anwendung einer freihändigen Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB?»

33 Die schweizerische Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht mit dem Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 1 lit. f BöB auseinandersetzen müssen.

34 Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat sich allerdings in einem neuen Urteil mit der praktisch gleichlautenden Bestimmung Art. XV Ziff. 1 lit. e GPA 1994²⁵ befasst und dabei auf die vom GATT Panel noch unter dem Vorgängerabkommen entwickelten Grundsätze zurückgegriffen. Dies, zumal sich auch die schweizerische Lehre zur strittigen Ausnahme daran orientiere²⁶ und festhalte, dass diese Rechtsprechung auch unter dem revidierten GPA einschlägig sei.²⁷ Von daher ist davon auszugehen, dass sich auch die Schweizerischen Gerichte bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Wahl des freihändigen Verfahrens unter Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB (bzw. IVöB 2019) auf das GPA und dessen Auslegung stützen.

5. «Was ist in Bezug zur freihändigen Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB als Neuartigkeit/neuartige Leistung im beschaffungsrechtlichen Sinne zu verstehen?»

35 Zum Begriff der Neuartigkeit bzw. der neuartigen Leistung hat sich in der Praxis, soweit ersichtlich, noch **keine gefestigte Definition** entwickelt. Es würde darüber wohl in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände (und Begründungen der Vergabestelle) entschieden.

36 Eine Erstanfertigung oder neuartige Dienstleistung impliziert jedenfalls, dass die nachgefragte Leistung **innovativer Natur** ist, wenigstens teilweise jenseits des «Eingeführten», «Bewährten» und «Bestehenden». Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das zu beschaffende Produkt bzw. die zu beschaffende Dienstleistung bereits **auf dem Markt erhältlich** ist.²⁸ Wahrscheinlich kann dazu ergänzt werden, dass wohl auch das Einsatzgebiet bzw. der Anwendungsbereich eines Produkts oder einer Dienstleistung eine Rolle spielt, etwa wenn ein bewährtes, am Markt eingeführtes Produkt in ein anderes, neues Anwendungsgebiet transferiert und z.B. angepasst wird. Der Hauptzweck einer Neuanfertigung liegt im Prüfen («testing») und Fördern

²⁵ AS 1996 609.

²⁶ Vgl. CLERC, Innovation et marchés publics, in: Michel/Zäch (Hrsg.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, 1998, S. 83 ff., S. 88 f.

²⁷ Vgl. VGE 100.2020.399 vom 22. April 2021 E. 4.7; CLERC, S. 88 f.; JAQUIER, Rz. 311.

²⁸ Vgl. VGE 100.2020.399 vom 22. April 2021 E. 4.8; JAQUIER, Rz. 322.

(«*furthering*») des Wissens («*knowledge*») bzw. der praxisnahen Weiterentwicklung der mit der Beschaffung erworbenen Forschungsergebnisse.²⁹

37 Ist die **Testphase abgeschlossen** und steht fest, dass das neu entwickelte Produkt für eine Serienproduktion **genügend ausgereift** ist, müssen allfällige Käufe unter Gewährleistung des Wettbewerbs im ordentlichen Verfahren – unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 3 BöB im Einladungsverfahren – vergeben werden.³⁰ Der Ausnahmetatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB ist nicht mehr anwendbar, wenn sich der Fokus der Vergabebehörde auf die Kommerzialisierung / Masseneinführung der ursprünglich entwickelten Leistung verlagert.

6. «Was wird unter <...im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags...> gemäss Gesetzestext zu Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB im beschaffungsrechtlichen Sinne konkret verstanden?»

38 Auch zu diesem Tatbestandselement finden sich in der vergaberechtlichen Literatur und Rechtsprechung **keine spezifischen Hinweise** oder weiterführende Überlegungen.

39 EVELYNE CLERC stellt sich, unter Verweis auf die Trondheim-Rechtsprechung des GATT Panels, auf den Standpunkt, dass der Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrag auf den **Erwerb von Wissen und Erfahrung ausgerichtet** sein muss, nicht auf eine operative/marktorientierte Leistung. Dies schliesse jedoch nicht aus, dass ein in diesem Rahmen entwickelter Prototyp oder eine Dienstleistung letztendlich betriebs- bzw. einsatzbereit sei.³¹ Ein Anhaltspunkt dafür, dass der Erwerb von Wissen das Hauptziel der Auftraggeberin ist, sieht CLERC im **Umgang mit den Rechten des geistigen Eigentums**. Würden solche Rechte an den Forschungsergebnissen von der Auftraggeberin beansprucht, sei dies ein Indiz dafür, dass der Hauptzweck des Auftrags nicht in der Forschung liege, sondern darin, eine Marktleistung zu erwerben.³² In diesem Zusammenhang wäre die Beurteilung möglicherweise zu differenzieren, wenn die Auftraggeberin die Rechte lediglich **mitbeansprucht**, um abgesichert zu sein, dass sie nicht «zweimal bezahlen muss».

²⁹ Vgl. VGE 100.2020.399 vom 22. April 2021 E. 4.8; GATT Panel Report Trondheim E. 4.9 mit Verweis auf die Leitlinien für die Erhebung und Meldung von Daten zu Forschung und experimenteller Entwicklung der OECD (Frascati Manual), wo u.a. festgehalten wird, ein Prototyp könne so lange Teil eines Forschungs- und Entwicklungsauftrags sein, als das Hauptziel in der Erarbeitung weiterer Verbesserungen liege; ARROWSMITH, S. 292 f.; MEYER, S. 724; vgl. auch FRÖHLICH-BLEULER, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 289 ff., Rz. 66.

³⁰ Vgl. VGE 100.2020.399 vom 22. April 2021 E. 4.8; ARROWSMITH, 293; AESCHBACHER/KREBS, N 24 zu Art. 21 BöB; WOLF, Rz. 31 und 33.

³¹ Vgl. CLERC, S. 88; JAQUIER, Rz. 311 f.

³² Vgl. CLERC, S. 89; JAQUIER, Rz. 313. Vgl. zum Umgang mit geistigen Schutzrechten unten Rz. 41 ff.

Dahingehende Überlegungen finden sich in der Lehre, soweit ersichtlich, aber nicht.

40 Vor diesem Hintergrund muss aus dem Kontext des Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hervorgehen, dass die Auftraggeberin **primär Wissen erwerben will**. Gelangt ein Gericht anhand aller Einzelfallumstände zum Schluss, dass dies nicht der Fall ist und die Auftraggeberin den Fokus von Anfang an auf eine operative Leistung bzw. Beschaffung von Produkten/Leistungen legt, besteht für den Freihandtatbestand nach Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB kein Raum. Dasselbe gilt, wenn die freihändige Leistung auf dem Markt bereits existiert und folglich nicht als innovativ gelten kann. Die Möglichkeit, dass der Prototyp einsatzbereit sein wird, steht der Anwendung des Freihandtatbestands so lange nicht entgegen, als die Vergabestelle, wenn sie an den Entwickler herantritt, die Absicht bekundet, Wissen und keine Ware oder eine funktionsfähige Dienstleistung zu erwerben.³³

41 Die im GPA 2012 und BöB verwendete Formulierung «*im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden*» [Futur] lässt dabei den Schluss zu, dass die **Forschungs- und Entwicklungsphase** im Zeitpunkt der Freihandvergabe (noch) **nicht abgeschlossen sein muss**, ansonsten der Gesetzgeber beim fraglichen Teilsatz höchstwahrscheinlich die Vergangenheitsform («*hergestellt oder entwickelt wurden*») verwendet hätte. Art. 21 Abs. 2 lit. f BöB kann bei dieser Lesart somit auch dann zur Anwendung gelangen, wenn im Vergabezeitpunkt noch keine Forschungsarbeit stattgefunden hat und/oder diese noch nicht abgeschlossen ist.

7. «Gibt es weitere rechtliche Aspekte oder Empfehlungen, welche für Beschaffungsvorhaben von Forschungsleistungen zu Gunsten der Armee zu beachten sind?»

42 Wer sich auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands für die freihändige Vergabe beruft, hat **nachzuweisen**, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Beweislast für das Vorliegen der die Ausnahme begründenden Tatsachen liegt daher bei der Auftraggeberin. Insbesondere muss sie darlegen, dass sie sich im Licht der konkreten Beschaffung – vor Einleitung der freihändigen Vergabe – detailliert mit den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmevorschrift auseinandergesetzt hat und gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass die Voraussetzungen erfüllt sind.³⁴

43 In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass Auftraggeberinnen, welche im Anschluss an eine Prototypbeschaffung **Folgebeschaffungen** tätigen wollen,

³³ Vgl. JAQUIER, Rz. 311.

³⁴ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 301; AESCHBACHER/KREBS, N 7 zu Art. 21 BöB m.w.H.; in Bezug auf den Beweis von negativen Tatsachen differenzierend BGE 137 II 313 E. 3.5.2; ferner auch Urteil des BVGer B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 2.3.

dies nur dürfen, wenn sie sich im Rahmen des Erstauftrags die **Immaterialgüterrechte** des Entwicklers der Produkte oder Dienstleistungen soweit gesichert haben, dass sie die Folgeaufträge vergeben können, ohne dass Immaterialgüterrechte dem entgegenstehen (vgl. oben Rz. 39).³⁵ Die vorgelagerte freihändige Beschaffung des Prototyps darf somit nicht zu einer exklusiven Marktstellung dieser Anbieterin führen bzw. ein «**Lock-in**» der Auftraggeberin muss verhindert werden.

44 Die armasuisse W+T verfolgt gemäss ihren Angaben das Prinzip der **Co-Urheberschaft**: Die Rechte sollen zwar bei der Unternehmung bleiben, welche die Forschungs- und Entwicklungsarbeit geleistet hat und über das Know-how verfügt. Der Bund sichert sich aber damit zugleich dahingehend ab, dass er die erworbenen Leistungen sicher nur einmal entschädigen muss. Eine aufgeteilte Urheberschaft steht der Anwendbarkeit des Freihandtatbestands nach unserer Einschätzung **nicht entgegen**; es gelten die in den vorangehenden Antworten dargelegten Voraussetzungen.

45 Selbst wenn die Vergabestelle darauf achtet, mit dem Erstauftrag die Immaterialgüterrechte des Entwicklers zu erwerben, ist jedoch keineswegs gewährleistet, dass dieses Produkt kurze Zeit später tatsächlich von weiteren Anbieterinnen am Markt angeboten wird. In dieser Situation müsste die Auftraggeberin dann eine **weitere freihändige Beschaffung** gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB (nur eine Anbieterin kommt in Frage) tätigen.³⁶ Sowohl das GPA als auch die Literatur verlangen allerdings für Folgebeschaffungen im Anschluss an einen Forschungs- und Entwicklungsauftrag aufgrund der Umgehungsgefahr grundsätzlich die Anwendung der **ordentlichen Vergabeverfahren**, unter Ausschluss der freihändigen Vergabe³⁷. Im Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 3 BöB steht der armasuisse W+T aber auch in einer solchen Konstellation das Einladungsverfahren zur Verfügung.

* * * * *

³⁵ Vgl. RECHSTEINER, Die Ausschreibungspflicht, in: BR 2004 [Sonderheft], S. 36 ff., S. 41.

³⁶ Vgl. WOLF, Rz. 33.

³⁷ Vgl. WOLF, Rz. 33; MEYER, S. 724; ARROWSMITH, S. 293; JAQUIER, Rz. 328.